

DELIBERA N. 117/08/CONS

**CONTROVERSIA
CONTO TV S.R.L./SKY ITALIA S.R.L.
AVENTE AD OGGETTO “ACCESSO ALLA PIATTAFORMA UNICA”**

L'AUTORITA'

NELLA riunione del Consiglio del 27 febbraio 2008;

VISTA la legge 31 luglio 1997, n.249 "Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo", in particolare l'art.1, comma 6, lettera a), n.14;

VISTA la decisione della Commissione europea del 2 aprile 2003, relativa al procedimento n. M2876-NewsCorp/Telepiù;

VISTA la delibera n.148/01/CONS “Adozione del regolamento concernente la risoluzione delle controversie tra organismi di telecomunicazioni e utenti”, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n.167 del 18 luglio 2002;

VISTA la delibera n. 334/03/CONS “Disposizioni procedurali relative alla risoluzione delle controversie attribuite all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ai sensi della decisione della Commissione europea Comp/M.2876 del 2 aprile 2003 (NewsCorp/Telepiù) pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n.239 del 14 ottobre 2003;

VISTA l'istanza del 17 maggio 2007 con la quale la società Conto Tv s.r.l. ha denunciato l'inadempimento da parte di Sky Italia s.r.l. degli Impegni annessi alla decisione della Commissione europea n. Comp/M.2876 del 2 aprile 2003 e ha chiesto all'Autorità un intervento ai sensi della delibera n. 148/01/CONS;

VISTA la nota con cui la Direzione reti e servizi di comunicazione elettronica, in data 26 giugno 2007, tenuto conto di quanto esposto nell'audizione del 5 giugno 2007 e delle successive memorie prodotte dalle parti, ha comunicato l'avvio di un procedimento ai sensi degli articoli 7 e seguenti dell'allegato A alla delibera n. 148/01/CONS;

VISTO il verbale dell'udienza di conciliazione tenutasi il 27 giugno 2007, nel quale la medesima Direzione ha constatato il mancato accordo tra le parti in esito all'esperito tentativo di conciliazione della controversia;

VISTA l'istanza del 31 ottobre 2007 con la quale la società CONTO TV s.r.l. ha nuovamente denunciato l'inadempimento da parte di Sky Italia s.r.l. dei citati Impegni e ha quindi chiesto l'intervento dell'Autorità per la definizione della controversia in essere con la società Sky Italia s.r.l.;

VISTA la nota con cui la Direzione, in data 20 novembre 2007, ha comunicato alle parti l'avvio di un procedimento istruttorio finalizzato alla definizione della controversia ai sensi dell'art. 4 della delibera n. 334/03/CONS;

UDITE le parti all'udienza innanzi al Consiglio del 6 febbraio 2008, durante la quale è stato concesso un ulteriore termine alle parti per la produzione di memorie conclusive;

CONSIDERATO che nel corso di tale udienza è stato assegnato, alla luce di quanto emerso in sede di udienza stessa, alle parti un termine di 7 giorni entro cui far pervenire delle memorie in cui siano riassunte le posizioni delle parti, così come specificate in udienza;

VISTE le predette memorie pervenute da CONTO TV s.r.l. e da Sky Italia S.r.l. in data 13 febbraio 2008 ed acquisite al protocollo in data 14 febbraio 2008 rispettivamente con i numeri 7892 e 7891;

VISTI gli atti del procedimento e la documentazione acquisita nel corso dell'istruttoria;

CONSIDERATO quanto segue:

I. OGGETTO DELLA CONTROVERSIA

Conto Tv s.r.l., emittente televisiva operante in accesso condizionato con sistema Conax sia sul digitale terrestre che sul satellitare, il 6 luglio 2006 ha concluso un accordo di *simulcrypt* con Sky Italia in virtù della delibera n. 123/06/CONS, con la quale l'Autorità ha definito una precedente controversia avente ad oggetto la fornitura dei servizi tecnici che consentissero a Edi On Web s.r.l. - il cui ramo d'azienda è stato rilevato da Conto Tv s.r.l. a partire dal 10 settembre 2006- di offrire i propri servizi televisivi agli abbonati di Sky Italia.

Oggetto della controversia avviata con l'istanza del 31 ottobre 2007 è la lettura opposta e divergente che ciascuna società assume relativamente agli Impegni di cui alla Decisione della Commissione europea M.2876, in particolare con riguardo al paragrafo 11. degli Impegni.

Il punto controverso è la pretesa di ContoTv s.r.l. di vedersi riconosciuta la facoltà, all'interno del medesimo canale EPG, di differenziare le offerte commerciali senza che per questo sia necessaria una autorizzazione ad hoc, né variare le modalità di offerta al pubblico ed i corrispettivi economici previsti all'interno dell'accordo di *simulcrypt* siglato con Sky Italia il 6 luglio 2006, ovvero in modalità "*pay-tv subscription*" ed ivi

compresa la possibilità di offrire agli utenti il servizio di disabilitazione ad libitum del servizio televisivo a pagamento in corso di fruizione.

Conto Tv s.r.l. trasmette sui canali “Conto Tv 1” e “Conto Tv 2” due distinte offerte a pagamento per ciascun canale: su “Conto Tv1” trasmette, dalle 7 alle 23, programmi in *pay per view*, e dalle 23 alle 7, trasmette il programma a pagamento denominato “Superpippa Channel”. “Conto Tv 2” trasmette, dalle 7 alle 23, il programma a pagamento denominato Wellness@home, mentre dalle 23 alle 7 trasmette il programma a contenuto a pagamento denominato “Sin”.

Sia il programma “Wellness@home” che i programmi “Superpippa Channel” e “Sin” sono offerti sotto forma di abbonamento, la cui durata minima può variare dalla formula settimanale (cd “*pay per week*”), alla formula giornaliera (nelle modalità “*pay per night*” e “*pay per day*”).

Successivamente all’accordo di *simulcrypt* del luglio 2006, Conto Tv s.r.l. ha corrisposto a Sky Italia il corrispettivo di servizi tecnici relativi alla modalità “*pay-tv subscription*”. Sky Italia ha contestato questa prassi in quanto ritenuta contraria alle clausole contrattuali, affermando anche che gli Impegni assunti dinanzi alla Commissione europea non la obbligassero a fornire due offerte frazionate all’interno della stessa posizione di EPG, ritenendo che il provvedimento comunitario faccia riferimento ad una sola offerta continuativa per singolo canale.

Conto Tv denuncia il comportamento di Sky Italia ritenendolo in violazione degli Impegni, poiché teso ad alzare le barriere economiche nei confronti di un concorrente e a interferire nelle proprie politiche commerciali. Per tali ragioni, nell’istanza di definizione della controversia ha chiesto all’Autorità di:

- a) accertare la violazione, da parte di Sky Italia, degli Impegni assunti innanzi alla Commissione europea, segnatamente quelli contemplati dal paragrafo 11 in materia di *simulcrypt* e di fornitura dei servizi tecnici necessari, nonché la consequenziale violazione della delibera n. 123/06/CONS
- b) dichiarare Sky Italia tenuta a garantire a Conto Tv la possibilità di differenziare le varie offerte, in modalità *subscription*, per la diffusione attraverso i canali autorizzati.

II) POSIZIONI DELLE PARTI

Si sintetizzano di seguito le posizioni delle due società sui punti principali della controversia, emerse dalle memorie e dai documenti depositati nel corso del procedimento, nonché in sede di udienza.

II. A) Conto Tv

Conto Tv ritiene che gli Impegni comunitari le garantiscano la facoltà di chiedere un servizio tecnico tale per cui sia possibile, all’interno della medesima posizione di EPG,

differenziare l'offerta dei propri programmi in modalità *pay tv subscription*, dimodochè il cliente Conto Tv possa essere abilitato alla visione di un programma o dell'altro a seconda del tipo di abbonamento sottoscritto, e per la durata prescelta tra quelle rese disponibili dall'emittente. Nega che vi possano essere ostacoli tecnici né stravolgimenti della piattaforma satellitare, affermando al contrario che tale soluzione consentirebbe una ottimizzazione delle risorse tecniche ed una migliore gestione delle posizioni EPG; ricorda infine come l'utilizzo di un canale per offerte frazionate corrisponda anche alla prassi commerciale, portando come esempio quanto fatto in passato dalla società Stream Con riferimento alle offerte a pagamento inferiori al mese –denominate *pay per week*, *pay per day* e *pay per night*- contesta che ad esse possano essere applicati i più costosi servizi tecnici della *pay per view*, come richiesto da Sky Italia.

La società afferma infatti che tali innovative formule non siano assimilabili alla *pay per view*, essendo quest'ultima riservata alla fruizione di un singolo programma televisivo scelto da un archivio messo a disposizione dell'utente con la possibilità di acquisto nei momenti antecedenti la sua disponibilità. Le offerte di Conto Tv, al contrario, non prevedono un palinsesto determinato, permettendo all'utente di fruirne a programmazione avviata e senza sapere quale specifico contenuto sarà in onda. Diversamente, applicando alle offerte inferiori al mese le modalità dei servizi *pay per view*, a giudizio della società si creerebbero maggiori disagi ai consumatori ed un aumento del carico di operazioni gravanti sull'interfaccia SMS-CA, con ulteriore aggravio dei costi per il concorrente di Sky Italia e per i suoi utenti.

Rispetto all'ulteriore aspetto della controversia, ovvero la possibilità offerta da Conto Tv ai suoi utenti di disabilitare ad libitum il servizio televisivo a pagamento in corso di fruizione, la società rappresenta la portata innovativa del medesimo, in particolare per i fruitori dei contenuti per adulti, ai quali viene assicurata in tal modo una riservatezza superiore a quelle del normale meccanismo del *parental control*.

Conto tv, infine, rappresenta come le problematiche e gli ostacoli posti da Sky Italia non avrebbero rilevanza in presenza di un accordo di *simulcrypt* che permettesse anche agli utenti Conto Tv di accedere, mediante sistema di accesso condizionato Conax, all'offerta televisiva di Sky Italia. Ritiene anche che il contratto di *simulcrypt* di Sky Italia contenga clausole che esulino dall'oggetto dell'accordo così come garantito dagli Impegni.

Sulla base di tali premesse Conto Tv s.r.l. insiste nelle richieste avanzate nell'istanza di risoluzione della controversia.

II. B) Sky Italia

Sky Italia, nel sottolineare le continue tensioni e contestazioni che hanno caratterizzato i rapporti con Conto Tv, anche rispetto al pagamento dei corrispettivi, nega che essa abbia in alcun modo impedito a Conto Tv di offrire i propri servizi, ivi compresi quelli che sono differenti dai servizi che Sky Italia offre ai propri abbonati. Sottolinea anche la massima disponibilità dimostrata, ben oltre quanto previsto dagli Impegni, assicurando a Conto Tv la possibilità di ampliare la propria offerta televisiva da una a quattro offerte

indipendenti e con le modalità da essa richieste. Con riferimento alla clausole contrattuali contestate da controparte, rappresenta come esse siano dovute alla necessità per Sky Italia di garantirsi rispetto agli inadempimenti degli obblighi contrattuali di cui Conto Tv si sarebbe resa responsabile in precedenza.

Rispetto all'istanza di Conto Tv, ne denuncia l'uso strumentale e la mutevolezza delle questioni sollevate.

Per quanto riguarda le offerte cosiddette frazionate, Sky Italia nega che esse siano riconducibili agli Impegni perché il paragrafo 11.1 fa riferimento a "canali", espressione che andrebbe intesa, anche sulla base della ratio complessiva delle disposizioni, come diffusione continuativa all'interno della medesima posizione di EPG di una programmazione sull'intero arco della giornata. La società rileva anche come, diversamente opinando, si consentirebbe una occupazione non efficiente delle risorse tecniche e sarebbero potenzialmente possibili richieste volte ad attivare un numero elevatissimo di offerte nelle medesima posizione di EPG. Quanto richiesto da Conto Tv, dunque, non rappresenterebbe un obbligo ai sensi degli Impegni bensì oggetto di negoziato commerciale.

Con riferimento alle modalità dei servizi tecnici per le offerte *pay per day*, *pay per night* e *pay per week*, Sky Italia afferma che per ciascuna offerta inferiore al mese si debbano applicare le modalità previste per la *pay per view*. A supporto di tale impostazione rappresenta come si tratti della modalità che consente la più efficiente gestione della piattaforma e della capacità trasmissiva, potendosi infatti gestire l'evento con un unico comando. Rappresenta inoltre come le modalità richieste da Conto Tv non consentano, in alcuni casi, la rendicontazione degli acquisti effettuati dagli utenti di Conto Tv. In linea generale, Sky contesta che essa sia tenuta a stravolgere la piattaforma satellitare per soddisfare qualsivoglia richiesta di un terzo o creare dei prodotti ad hoc, essendo invece tenuta a offrire servizi *wholesale* che rendano possibile ad un terzo di replicare le offerte *retail* di Sky Italia.

Rispetto alla cosiddetta disabilitazione ad libitum richiesta da Conto Tv, Sky Italia contesta che gli Impegni possano comprendere un tale obbligo, e specifica di non aver accettato di offrire tale servizio poiché è una modalità di disattivazione che non è stata concepita per il tipo di servizio offerto da Conto Tv e che quindi implica un uso particolarmente inefficiente delle risorse della piattaforma satellitare. Rappresenta in ogni caso di aver offerto tale possibilità tramite una procedura ad hoc basata sull'effettiva richiesta del cliente.

La società conclude chiedendo all'Autorità: a) di dichiarare, con riferimento alle offerte frazionate, che gli obblighi contenuti al paragrafo 11 degli Impegni non riguardano offerte *pay* frazionate, ed in subordine fornire una indicazione dei limiti massimi di frazionabilità delle offerte e quindi della nozione di canale da impiegare ai fini dell'accesso alla piattaforma; b) di dichiarare che nella specie non è configurabile alcuna violazione del paragrafo 11.8 degli Impegni relativo alla conclusione degli accordi di *simulcrypt*; c) di dichiarare che non è configurabile alcuna altra violazione del paragrafo 11 degli Impegni con riferimento alle modalità con cui Sky Italia ha fornito prestazioni *wholesale* a Conto Tv.

III) VALUTAZIONI DELL'AUTORITA'

La controversia si fonda su una diversa lettura degli Impegni, in particolare di quanto contenuto nei paragrafi 11.1, 11.4 e 11.8.

Le questioni sottoposte all'esame dell'Autorità e che costituiscono l'oggetto della controversia – le offerte frazionate nella medesima posizione di EPG; i servizi tecnici da applicarsi alle offerte inferiori al mese predisposte da Conto tv; la disabilitazione ad libitum- non trovano negli Impegni una esplicita disciplina di dettaglio. Occorre pertanto applicare al caso di specie i principi ed i criteri che regolamentano l'accesso alla piattaforma satellitare, tenendo conto delle condizioni tecniche sottese alla vicenda e l'evoluzioni tecnologica e commerciale del mercato della televisione a pagamento.

Con riferimento alla facoltà di diffondere offerte frazionate all'interno della medesima posizione di EPG, viene in rilievo il paragrafo 11.1 degli Impegni, ai sensi del quale la Piattaforma Unica è obbligata “*a garantire ad operatori terzi l'accesso alla propria piattaforma satellitare, finalizzato all'offerta da parte di tali operatori di canali in concorrenza con essa.*” Non è condivisibile la lettura restrittiva del paragrafo 11.1 proposta da Sky Italia, volta a limitare l'ambito di applicazione degli Impegni esclusivamente ai canali che trasmettano in maniera continuativa una programmazione durante l'intero arco della giornata. La Decisione comunitaria, infatti, si pone come obiettivo quello di consentire l'accesso alla piattaforma satellitare ad operatori televisivi terzi, al fine di poter proporre ai consumatori offerte televisive *in concorrenza* con Sky Italia. L'utilizzo della parola “*channels*” all'interno della disposizione in esame non può in alcun modo impedire che all'interno della medesima posizione di EPG siano ricomprese una pluralità di offerte frazionate, poiché tale eventualità non inficia la natura unitaria di “canale”, dovendosi piuttosto avere riguardo al soggetto che lo edita e alle modalità di fruizione. D'altra parte, nel procedimento non sono emerse fondate motivazioni ostative ad una tale lettura, né dal punto di vista dell'efficienza delle risorse tecniche utilizzate, né da quello della prassi commerciale. Al contrario, una restrizione della nozione di canale come diffusione continuativa all'interno della medesima posizione di EPG di una programmazione sull'intero arco della giornata, avrebbe la conseguenza di irrigidire le tipologie di offerta commerciale a disposizione dei consumatori, in controtendenza all'evoluzione tecnologica del settore e al crescere delle funzionalità dei prodotti di accesso condizionato.

L'applicazione del principio di ragionevolezza nella soddisfazione delle richieste provenienti da operatori terzi, unitamente al principio di leale cooperazione cui sono tenuti le parti di un accordo di *simulcrypt*, appare sul punto adeguata e sufficiente per evitare abusi nell'utilizzo della facoltà di diffondere offerte frazionate nella stessa posizione di EPG.

Per quanto attiene alle modalità dei servizi tecnici, e le relative condizioni economiche, che devono essere applicate alle offerte di Conto Tv denominate *pay per day*, *pay per night* e *pay per day*, l'esame della situazione di fatto sottostante alla controversia, relativamente ai contenuti trasmessi e alle modalità di fruizione, fa propendere per l'applicazione delle modalità *pay-tv subscription*. Nel caso infatti di programmazione di

genere, non caratterizzata dalla presenza di un evento e dalla facoltà dell'utente di scegliere tempo e modi della completa fruizione, sarebbe incongruo applicare i servizi tecnici tipici della *pay per view*.

Sky Italia, d'altra parte, non ha dimostrato nel corso del procedimento perché l'applicazione della modalità *pay-tv subscription* metta a rischio l'efficienza della piattaforma satellitare. Ne tantomeno ha portato adeguati ragioni a sostegno della sua decisione di imporre il criterio della durata dell'offerta ("non inferiore al mese") quale discriminante per la fornitura dei servizi tecnici e l'applicazione delle relative condizioni economiche. Risulta invece fondata la necessità per Sky Italia di vedersi assicurata la rendicontazione da parte di Conto Tv delle attivazioni, anche infragiornaliere, dei propri clienti che utilizzano la piattaforma satellitare. A tal fine Conto Tv dovrà collaborare con Sky Italia, senza che ciò ne limiti in ogni caso la libertà commerciale.

La fornitura di un servizio di disabilitazione ad libitum, come richiesto da Conto Tv a Sky Italia, non è allo stato tra i servizi *wholesale* offerti da Sky Italia. Non è condivisibile tuttavia quanto da quest'ultima società sostenuto, ovvero la limitazione degli Impegni ad offrire esclusivamente i servizi *wholesale* che consentano agli operatori concorrenti di replicare le offerte *retail* della stessa Sky Italia. La ratio della decisione comunitaria, infatti, nell'autorizzare la costituzione di una piattaforma satellitare unica, è stata proprio quella di definire le condizioni per garantire un reale sviluppo della concorrenza sul mercato, certamente non vincolando la libertà commerciale degli operatori concorrenti. In tal senso, l'offerta al consumatore di servizi innovativi, oltre a costituire un beneficio per l'utente finale, rappresenta uno degli elementi su cui un operatore televisivo può concorrere con Sky Italia, circostanza che verrebbe esclusa qualora si accedesse alla lettura restrittiva degli Impegni da essa proposta. Di fronte ad una richiesta di servizi tecnici che sia ragionevole e che non osti all'efficienza della piattaforma satellitare, Sky Italia è dunque tenuta ad avanzare un'offerta *wholesale*, anche individuando specifiche condizioni tecniche ed economiche.

Tutto ciò premesso

VISTO il paragrafo 11 degli Impegni annessi alla Decisione della Commissione europea Comp/M.2876, in particolare il paragrafo 11.8 ai sensi del quale "*Le Società Obbligate si adopereranno ragionevolmente al fine di stipulare accordi di Simulcrypt in Italia a condizioni eque e su base di reciprocità ed a fare in modo che tali accordi di Simulcrypt siano operativi al più presto possibile ed in ogni caso nel termine di 9 mesi dalla data della richiesta scritta effettuata da soggetti terzi interessati, a condizione che il soggetto terzo entrante che desideri operare un accordo di Simulcrypt (i.e. un operatore ad accesso condizionato) ed il suo fornitore di tecnologia di accesso condizionato cooperino nei limiti oggettivamente necessari con la Piattaforma Unica ed il suo fornitore di tecnologia di accesso condizionato nello sviluppo dell'accordo di Simulcrypt; e non venga compromessa la sicurezza del sistema di accesso condizionato della Piattaforma Unica. Salvo quanto previsto al paragrafo 17 di questa Parte II*

relativo alla durata dei presenti Impegni, l'impegno di cui sopra sarà in vigore sino a quando la Piattaforma Unica e NDS saranno entrambe Imprese Controllate da News";

CONSIDERATO che ai sensi del paragrafo 11.1 *“La Piattaforma Unica si impegna a garantire ad operatori terzi l'accesso alla propria piattaforma satellitare, finalizzato all'offerta da parte di tali operatori di canali in concorrenza con essa. L'impegno della Piattaforma Unica consiste nel fornire i servizi tecnici necessari e strumentali alla fornitura di canali televisivi in Italia (siano essi in chiaro o pay-TV, commerciali o promozionali). Tali servizi saranno offerti agli operatori terzi a condizioni eque, trasparenti, non discriminatorie e orientate ai costi, come di seguito specificato al paragrafo 11.6”;*

CONSIDERATO che ai sensi del paragrafo 11.10 degli Impegni *“nella fornitura dei servizi tecnici la piattaforma unica non dovrà, senza obbiettiva giustificazione, applicare condizioni dissimili a transazioni equivalenti e non dovrà concludere contratti condizionandoli all'accettazione di obbligazioni supplementari che, per loro natura, non siano connesse all'oggetto del contratto”;*

RITENUTO che la Decisione comunitaria è volta ad assicurare agli operatori terzi la possibilità di diversificare le proprie offerte di servizi televisivi rispetto a quelle di Sky Italia, sia sotto l'aspetto commerciale che delle modalità di fruizione dei contenuti;

UDITA la relazione dei Commissari Nicola D'Angelo e Enzo Savarese, relatori ai sensi dell'art. 29 del Regolamento per l'organizzazione ed il funzionamento.

DELIBERA

1. Sky Italia è tenuta ad assicurare a Conto Tv, nell'ambito dell'accordo di simulcrypt di cui al punto 11.8 degli Impegni, l'erogazione dei servizi tecnici necessari alla fornitura di una pluralità di offerte di programmazione televisiva all'interno del medesimo canale, fermo restando il rispetto, da parte di Conto Tv, del principio di ragionevolezza e tenuto anche conto dei principi di leale cooperazioni tra gli operatori sanciti dal predetto punto 11.8 degli Impegni;
2. I servizi di cui al punto 1, relativi alla programmazione televisiva di genere, sono realizzati attraverso la fornitura di servizi tecnici in modalità “pay-tv subscription”, con le relative condizioni economiche, anche per periodi inferiori al mese, ed includono la fornitura delle condizioni tecniche ed economiche per il servizio di disattivazione ad libitum da parte del cliente, fermo restando l'obbligo di Conto Tv di assicurare la contabilizzazione effettiva dei clienti che utilizzano la piattaforma satellitare.

Ai sensi dell'art. 1, comma 26, della legge 31 luglio 1997, n. 249, avverso il presente provvedimento, entro il termine di sessanta giorni dalla sua notifica, può essere proposto ricorso al Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio.

La presente delibera è notificata alle parti, pubblicata nel Bollettino ufficiale dell'Autorità, resa disponibile sul sito web dell'Autorità (www.agcom.it) nonché comunicata alla Commissione europea.

Roma, 27 febbraio 2008

IL PRESIDENTE
Corrado Calabrò

IL COMMISSARIO RELATORE
Nicola D'Angelo

IL COMMISSARIO RELATORE
Enzo Savarese

Per attestazione di conformità a quanto deliberato
IL SEGRETARIO GENERALE
Roberto Viola